حل النزاعات في العقود الالكترونية.

Resolving disputes in electronic.

بحث مقدم من قبل
المدرس المساعد علي حميد رشيد
جامعة كربلاء / كلية القانون / القسم الخاص

الخلاصة.
تعد العقود الإلكترونية من المتغيرات العالمية التي فرضتها ثورة التقدم التكنولوجي، حيث أصبحت أحد دعائم الاقتصاد العالمي، إذ تقر معظم الأنظمة القانونية مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وذلك بأدراج شرط في العقد يحدد فيه الاطراف القانون الواجب تطبيقه على العقد المبرم بينهما، والمسمى بشرط الاختصاص التشريعي، والتعبير عن الارادة يكون صريحا إذا كشف المتعاقد عن هذه الإرادة.
وإذا لم يتفق الاطراف في عقود التجارة الالكترونية التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية صراحه على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم فعلى القاضي المختص أن يجتهد حتى يصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان، فهنا اراده القاضي، وليس ارداه المتعاقدين.
وهنا يقوم القاضي بتعيين القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، إما بإسناد تلك الرابطة لضوابط جامدة أي الإسناد الجامد، أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد يمكن القول إن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الانترنت صعبة التحديد بسبب صعوبة تحديد كل الجوانب القانونية للعقد الالكتروني.
الكلمات المفتاحية: العقد الالكتروني، عقود التجارة، التحكيم.

Abstract
Electronic contracts are considered one of the global variables imposed by the revolution of technological progress, as they have become one of the pillars of the global economy, as most legal systems recognize the principle of freedom of the parties to choose the law to be applied to their contract, by including a condition in the contract in which the parties specify the law to be applied to the contract concluded between them. This is called the condition of legislative jurisdiction, and the expression of will is explicit if the contracting party reveals this will.
If the parties to electronic commerce contracts conducted via the electronic network do not explicitly agree to choose the law that governs their contract, the competent judge must strive to determine the law that must be applied to the contract, given what the contracting parties intended. Here the judge wanted it, not the contracting parties.
Here, the judge determines the law that is most closely related to the contractual bond, either by assigning that bond to rigid controls, i.e., rigid attribution, or by assigning it to flexible controls derived from the intrinsic nature of the contract. It can be said that determining the law applicable to contracts concluded over the Internet is difficult to determine due to the difficulty of determining all the legal aspects of the contract. Electronic.
Key words: Electronic contract , Trade contracts , Arbitration.

المقدمة

أولا: التعريف بموضوع البحث

يشهد هذا العصر ثورة معلوماتية لم يسبق لها مثيل في التكنولوجيا وما صاحبها من تطور بشكل كبير ومتسارع في شبكة الاتصالات الرقمية، قربت المكان واختصرت الزمان وألغت الحدود الجغرافية بين الدول وهذه الوسيلة ألقت بظلالها على كافة جوانب الحياة، بعد أن كانت مقتصرة على أغراض عسكرية وأكاديمية ثم تحولت لتستخدم لأغراض مدنية واقتصادية، وفتحت المجال الواسع لإبرام العقود بمختلف أنواعها، مما أدى إلى ظهور نوع جديد من التبادل التجاري يسمى بالتجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت "تجارة العصر والمستقبل".

ثانياً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره

في ظل تنازع القوانين التي تحكم العقود الالكترونية بسبب التحديد الدقيق لتفاصيل ابرام هذه العقود خاصة أنها مبرمة عبر الانترنت فنجد إمكانية تطبيق عدة قوانين نظرا لكل جزئية في العقد، فامكانية تطبيق قانون جنسية المتعاقدين أو قانون مكان ابرام العقد أو قانون تنفيذ إلتزامات العقد أو قانون الارادة في حالة اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق. هذه التداخلات والصعوبات في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الانترنت دفعتنا إلى تناول هذا الموضوع لازالة الغموض حول القانون الواجب التطبيق في هذه العقود وتوضيح القانون الأنسب لحل منازعات العقود الالكترونية وبيان أساليب حل النزاع بين المتعاقدين في العقد الالكتروني

ثالثا: إشكالية البحث

كيف يتم حل المنازعات الإلكترونية؟ وماهي آليات وطرق تسويتها؟

رابعاً: منهجية البحث

قد اعتمدنا في هذا البحث المنهج المقارن فيظهر بدوره في جل موضوعات البحث من خلال عرض ومقارنة وتحليل مختلف التشريعات والاتفاقيات والتوجيهات الصادرة بشأن التجارة الإلكترونية، وتأثيرها وتأثرها في ظل المعاملات الإلكترونية والتطورات الحاصلة في ميدان المعلوماتية والاتصال.

خامساً: خطة البحث

للإجابة على إشكالية هذا البحث قسمنا هذا الموضوع الى مبحثين وكل مبحث الى ثلاث مطالب كالتالي.

المبحث الأول: مفهوم العقد الالكتروني

المطلب الأول: تعريف العقد الالكتروني

المطلب الثاني: خصائص العقد الالكتروني

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

المبحث الثاني: تعدد طرق حل منازعات العقود الإلكترونية

المطلب الأول: تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

المطلب الثالث: وسائل حل النزاع في العقد الالكتروني

المبحث الأول / مفهوم العقد الالكتروني

لا يختلف العقد الالكتروني عن العقد العادي من حيث الأركان وشروط صحته والاثار المترتبة علية وانما يختلف عنه في الوسيلة التي يبرم بيها اذ يكتسب الطابع الالكتروني من الطريقة التي ينعقد بيها فينعقد بتلاقي الايجاب بالقبول بفضل التواصل بين المتعاقدين بوسيلة مرئية مسموعة عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد ومتى ما كان العقد الكتروني لا يعدو ان يكون عقدا عاديا لا يختلف عنه الا في الطريقة التي ينعقد بيها عبر وسائل الاتصال الحديثة مثل الانترنيت. وتختلف العقود الإلكترونية عن العقود العادية من حيث وسيلة التعاقد، إذ تقوم الأولى في فضاء إلكتروني، وتقوم العقود العادية في وسط مادي ملموس. ويعرف العقد الإلكتروني أنه على:" التقاء إيجاب صادر من طرف محله عرض مطروح بطرق سمعية أو بصرية أو كلاهما على شبكة للاتصالات بقبول صادر من طرف آخر بذات الطرق وتحقيقا لعملية

معينة، يرغب الطرفان في إنجازها، وهي في العادة مبادلة القيم أو الأموال" [1] . وإن تحديد ماهية العقد الالكتروني يتطلب توضيح المقصود بهذا النوع من العقود، أي بمجرد وصفه عقدا فيخضع لأحد مصادر الالتزام، لكنه يتمتع بخصوصية تميزه عن بقية العقود الأخرى. ولما كان القانون والتشريع هما دائماً في طليعة المعنيين بكل تطور جديد، فان هذا الوضع المتطور يتطلب المواكبة لمختلف النظم القانونية والتشريعات، حتى يتسنى لها تلبية الاحتياجات والمتطلبات الجديدة التي يفرضها هذا الواقع المعاصر، من التطور المتسارع غير المسبوق. حيث أننا نحتاج إلى كم معتبر من التشريعات التي تحدد الاستخدامات الالكترونية ومن ضمنها التجارة الالكترونية، والجهات التي تنظمها والإجراءات الواجب إتباعها من قبل تلك الجهات المنظمة ومن قبل المستخدمين. كما ونحتاج أيضاً إلى قوانين توضح الأوضاع القانونية المختلفة لتلك المعاملات مثل ماهية العقد الالكتروني، والتكييف القانوني لمختلف المعاملات التي تدخل في إطار العقد الالكتروني من حيث حجيتها وقوتها الملزمة، وتوضيح أن التعامل قد تم بالفعل من عدمه[2].

المطلب الأول/ تعريف العقد الالكتروني

حرصت بعض التشريعات الاوربية والعربية التي تنظم المعاملات الالكترونية على تعريف العقد الالكتروني باعتباره احد تطبيقات التعاقد, وبالرجوع الى نصوص القانون النموذجي الصادر عن الأمم المحتدة بشان التجارة الالكترونية نجد انه عرف العقد الالكتروني في المادة 2 أ (بانها المعلومات التي يتم انشاءها وارسالها واستلامها او تخزينها بوسائل الكترونية او البريد الالكتروني او التلكس) وعرفت نفس المادة في الفقرة ب تبادل البيانات الالكترونية بانها (نقل المعلومات من حاسوب الى اخر باستخدام معيار متفق علية لتكوين المعلومات) [3]. ولقد وردت عدة تعريفات للتجارة الالكترونية منها على سبيل المثال التعريف الصادر عن منظمة التجارة العالمية وهو يعرف التجارة الالكترونية على أنها: " مجموعة متكاملة من عمليات إنتاج وتوزيع وتسويق المنتجات والخدمات بوسائل الكترونية". وهناك تعريف اخر للتجارة الالكترونية بأنها هي " استخدام التقنيات الحديثة في الاتصالات من أجل نقل المعلومات لإبرام الصفقات وعقد المبادلات التجارية والخدمات من أجل تطوير التجارة العالمية وتنمية المبادلات التجارية". وعليه فان تعريف التجارة الالكترونية يقوم في الأساس على استخدام وسائل تقنية حديثة في ممارسة التجارة، إذ أن تقنية المعلومات في عصر الحوسبة والاتصال هي التي خلقت الوجود الواقعي والحقيقي للتجارة الالكترونية باعتبارها تعتمد على الحوسبة والاتصال ومختلف الوسائل التقنية للتنفيذ وإدارة النشاط التجاري.

وهناك وجهة نظر مفادها أنه ليس من السهولة بمكان وضع تعريف محدد للعقد الالكتروني نظراً للجدل والاختلاف الذي سيثور حسب وجهة النظر التي سيعتد بها في التعريف. وتأتي هذه الصعوبة من التنوع الكبير لأنماط العقود الالكترونية، حيث تتعدد تلك الأنماط وتتنوع بشكل قد يستعصي معه إيجاد تعريف جامع يستوعب جميع تلك الأنماط. كما لا يمكن أيضاً تجاوز التطور السريع الذي يحدث في مجال تقنيات المعلومات والاتصال وتزايد استخدام شبكة الانترنت. ولذلك يرى هذا الفريق صعوبة وضع معيار جامع مانع لتعريف محدد للعقد الالكتروني، وبالتالي من الأفضل أن يكون هناك تعريف منفصل لكل نمط من أنماط العقد الالكتروني المعين [4].

والرأي الراجح هو أن تعريف العقد الالكتروني لا يفترض فيه التركيز على جانب واحد فقط، وإلا فان التعريف سيكون قاصراً. والسبب في ذلك هو أن العقد الالكتروني هو عقد متعدد الجوانب والخصائص التي لابد من استصحابها بصورة شاملة. والتعريف السليم بجانب كونه يجب أن يشتمل على كافة الخصائص، فهو أيضاً يجب ألا يأتي بصورة تنبئ عن نظرة محدودة، فيجب أن نأخذ في الاعتبار التطور المستمر في التكنولوجيا وما قد يستجد مستقبلاً، ليأتي التعريف بالشكل الذي لا يجعله عديم القيمة أو يتجاوزه الزمن مع أي تطورات مستقبلية يشهدها العقد الالكتروني.

من هذا المنطلق فان ماورد من تعريفات للعقد الالكتروني يمكن انتقاده من وجهة نظر أساسية تتمثل في أن كل تعريف منها يركز على جانب واحد من جوانب العقد الالكتروني. حيث أن التركيز في تعريف العقد الالكتروني على جانب واحد يؤدي إلى تجاهل عدد اخر من الجوانب التي قد تكون أكثر أهمية. كما انه من الأحرى التركيز على الجوانب القانونية والخصائص الموضوعية في تعريف العقد الالكتروني،

التي تعتبر ذات أهمية حقيقية في تعريف العقد الالكتروني، وهي يمكن تلخيصها فيما يلي: 1. الوسيلة أو الطريقة التقنية المستخدمة في إبرام العقد الالكتروني، والتي تشكل حجر الزاوية في إبرامه إذ أنه لا يقوم إلا بها فهي التي تميز العقد الالكتروني عن العقد العادي وتسبغ عليه الخصوصية والتميز، ويكون لها الفضل في الجمع بين إرادتي المتعاقدين وهما يتعاقدان عن بعد. 2. العامل الثاني وهو عامل قانوني بحت ينشئ علاقة للعقد الالكتروني بالعقود التقليدية. هذا العامل هو أن العقد الالكتروني، مهما كانت الطريقة التقنية المستخدمة في إبرامه ومهما تغيرت، فانه لا يخرج عن كونه تعاقدا بين غائبين [5]. لذلك يجدر النظر باهتمام للتنظيم القانوني الذي وضعه القانون المدني لهذا التعاقد، وكيفية تبادل الإرادات المختلفة بين الأطراف المتعاقدة في حالتي الإيجاب والقبول، إلى الوصول لمرحلة التطابق الكامل بينهما [6] وهو أمر لا تقل أهميته في العقد الالكتروني عن العقد التقليدي، بل يبقى قائماً ويجب تطبيقه مهما كانت التقنية المستخدمة في التعبير عن الإرادتين. 3. والعامل الثالث يختص بأهمية إيجاد الوسيلة القانونية التي تحدد لحظة تطابق هذه الإرادات المتبادلة، لأن هذا التحديد من الأهمية بمكان لتحديد لحظة انعقاد العقد التي يبدأ منها سريان كافة آثار العقد من حقوق والتزامات وغيرها.

من واقع استصحاب هذه العوامل، يمكن الوصول إلى تعريف للعقد الالكتروني يضع في الاعتبار جميع الخصائص ذات العلاقة. وعليه يكون التعريف على النحو التالي: "العقد الالكتروني هو تعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد واحد يتبادلان التعبير الإرادي فيه بواسطة وسيلة تقنية حديثة للاتصالات مخصصة لنقل الإرادات المتبادلة، مع استعمال طرق قانونية محددة تضمن التأكد من إحداث تبادل التعبير الإرادي لأثره في إبرام العقد، وتحديد وقت انعقاد العقد قانوناً، وبدء سريان آثاره القانونية من حقوق والتزامات وغيرها".

بالنظر في هذا التعريف نجد أنه يحتوي على العوامل الهامة في التعبير عن العقد الالكتروني، سواء من الناحية التقنية أو الناحية القانونية. فهو من ناحية يستند إلى قواعد القانون المدني المتعلقة بمجلس العقد والتعاقد بين غائبين، وما يستتبع ذلك من قواعد ترتبط بأحكام تبادل الإرادتين عن بعد. كما ينص التعريف على الخصوصية التي يحملها العقد الالكتروني من حيث أن تبادل الإرادات فيه يتم من خلال وسائل تقنية حديثة. كما أن التعريف يفتح المجال أمام استخدام طرق قانونية محددة لضمان التأكد من تبادل التعبير عن الإرادات وتحديد وقت انعقاد العقد.

المطلب الثاني/ خصائص العقد الالكتروني

بعد أن خلصنا في المطلب السابق إلى تعريف للعقد الالكتروني جاء نتيجة لاستعراض الآراء الحديثة السائدة في هذا الشأن ومقارنتها بأهم العوامل التي يجب وضعها في الاعتبار، وصولاً إلى التعريف الذي يستوفي تلك العوامل بصورة تجعله قابلاً للاستخدام مهما تغيرت وتطورت الأساليب التقنية المستخدمة في إبرام العقد الالكتروني. في هذا المطلب نحاول التركيز على خصائص العقد الالكتروني التي يتميز بها نظرا لطبيعته الالكترونية وهي تشكل علامات مميزة يمكن عن طريقها التفرقة بين العقد الالكتروني والعقد التقليدي. ومن أهم خصائص العقد الالكتروني:

1. العقد الالكتروني هو من العقود التي يتم إبرامها عن بعد. بمعنى أنه يبرم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي فيتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية حيث يتبادل الطرفان الإيجاب والقبول الكترونياً عبر شبكة الانترنت. ويسمي البعض ذلك مجلس العقد الحكمي، باعتبار أن العقد يتم بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان ولكننا نرى أن العقد الالكتروني وان كان يدخل ضمن العقود المبرمة عن بعد، إلا أن كونه تدخل في إبرامه التقنيات الحديثة يضيف أبعاداً هامة جعلته يخضع لبعض الأحكام المغايرة التي تتناسب مع خصوصيته المتمثلة في إبرامه عبر شبكة تفاعلية للاتصالات عن بعد

2. ويتميز العقد الالكتروني من ناحية أخرى باستخدام وسائل الكترونية في إبرام العقد عبر شبكة الانترنت. إذ أن العقد الالكتروني، كما أوضحنا، لا يخرج في موضوعه عن سائر الأحكام العامة الموضوعية التي تمثل أحكام العقود العادية من ناحية محل الالتزام والأثر القانوني للعقد، ولكنه يزيد على ذلك في طبيعته الخاصة التي تستلزم اتخاذ وسائل الكترونية للتخاطب والمفاوضة وتبادل التعبير الإرادي عن طريق شبكات تقنية الكترونية لا غنى عنها للتقريب بين المتعاقدين اللذين لا يجمعهما مجلس عقد

واحد بل يتعاقدا عن بعد[7]. ولذلك يعتبر اعتماد العقد الالكتروني في مراحل إبرامه المختلفة على وسائل تقنية الكترونية، من الخصائص الجوهرية له. ويرى الفقه أن خاصية استخدام وسائل تقنية في العقد الالكتروني من الخصائص الناتجة وفي نفس الوقت المكملة لخاصية اعتباره من " العقود المبرمة عن بعد"، لأنه مهما قيل عنه في شأن معاصرة الإيجاب والقبول من الناحية الزمنية، يظل البعد المكاني بين الموجب والقابل أمرا واقعياً لا يمكن تجاهله في العقد الالكتروني. هذا التباعد المكاني تتم معالجته والتغلب عليه بالوسائل التقنية التي تمكن من التحقق من هوية الأطراف وأهليتهم وحدوث التراضي بينهما[8].

3. من ناحية ثالثة فان العقد الالكتروني كونه من عقود التعاقد عن بعد، فانه غالباً ما يكون من عقود التجارة والمعاملات الدولية الالكترونية. هذه الخاصية نتجت عن السمة الغالبة في هذا العقد، حيث تستحوذ صفة الاحتراف والمهنية وكونه بيعاً تجارياً على الجانب الأعظم من العقود الالكترونية المبرمة عن بعد بواسطة شبكة الانترنت. فالعقد الالكتروني غالباً ما يكون بين متعاقد مهني محترف ومتعاقد اخر هو مستهلك عادي. وبالتالي تنعدم المساواة في الخبرة والدراية والاحتراف بين طرفي العقد الالكتروني مما يؤدي إلى تطبيق الكثير من القواعد المتعلقة بالمتعاقد المهني المحترف من قرينة العلم وافتراض عدم حسن نية، وما يؤدي إليه ذلك من بطلان شروط الإعفاء أو الحد من المسئولية إلى تطبيق كافة الالتزامات المتعلقة بالمتعاقد المحترف عليه مثل الالتزام بالإعلام والتبصير والإفصاح، خاصة في المرحلة السابقة للتعاقد[9].

4. من خصائص العقد الالكتروني الهامة انه غالباً ما يتميز بالطابع الدولي، حيث أن أغلب المعاملات الالكترونية عبر شبكة الانترنت غالباً ما ينتج عنها انتقال المتعاقد بين عدد من الدول المختلفة، وبالتالي فان تلك المعاملات يجري عليها وصف "الدولية". هذا الأمر يثير العديد من المسائل القانونية المتنوعة وعلى رأسها القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني والمحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن العقد مما سيرد الحديث عنه ببعض التفصيل. إلا أن هذا لا يمنع من أن يكون العقد الالكتروني عقداً داخلياً إذا لم يتوافر فيه أي معيار من المعايير الدولية للعقود[10].

5. العقد الالكتروني يمتاز بالخصوصية المطلقة في مجال الإثبات والقوة الملزمة لرسائل البيانات وحجية التوقيع الالكتروني. هذا يعني أن للعقد الالكتروني بعض مسائل الإثبات الخاصة به والتي شغلت الكثير من الباحثين. نتجت هذه الخصوصية في الإثبات نظراً لان العقد الالكتروني يتم إثباته عن طريق المحرر الالكتروني الموقع توقيعاً الكترونياً، بعكس العقد التقليدي الذي يتركز الإثبات فيه في المحررات المكتوبة والموقعة بين الطرفين توقيعاً مادياً. هذا الوضع جعل من الضرورة بمكان إثبات أن للمستند الالكتروني الحجية اللازمة. وقد اقتضى الأمر في مجال العقود الالكترونية إلى تطويع مبدأ الكتابة –بمعناها المادي التقليدي- كوسيلة إثبات إلى صيغ وقوالب فنية الكترونية أخرى تعادل الكتابة في حجيتها في الإثبات وتتلاءم في الوقت نفسه مع طبيعة العقد الالكتروني. ومن أهم الصيغ التي تم التعارف عليها في القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الالكترونية هي "رسالة البيانات". وكذلك التوسع في مفهوم الكتابة- كدليل للإثبات- في مجال العقد الالكتروني ليشمل أي وسيلة، بما فيها الوسائل الالكترونية والرقمية لكتابة المعلومات أو تخزينها في أي واسطة الكترونية يمكن استردادها في أي وقت كنوع من التوثيق والثبوت، وهي الأمور التي كانت محل اتفاقيات دولية وقوانين خاصة لتحديدها[11].

ويأتي أيضاً من ضمن القوانين المنظمة للكتابة والتوقيع الالكتروني، مجموعة من القوانين التي صدرت في عدد من الدول العربية على نحو سيتم تناوله بتفصيل أكبر في موقع اخر. ونذكر على سبيل المثال في هذا الموضع، القانون الخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية بصفة عامة والذي أصدره المشرع المصري وهو القانون رقم 15 لسنة 2004. ويهمنا في هذا المقام ما أورده هذا القانون في المادة الأولى/أ منه في تعريف الكتابة الالكترونية والتي تنص على أن الكتابة الالكترونية هي: " كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى على دعامات الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة للإدراك". كما تم تعريف المحرر الالكتروني المتخذ وسيلة إثبات في العقد الالكتروني في الفقرة(ب) من ذات المادة على أنه: "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى

مشابهة". وقد ساوى المشرع المصري في المادة 15 من قانون التوقيع الالكتروني بين المحررات الالكترونية والكتابة الخطية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية، فيكون لها ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية،" متى ما استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون." ومن هذا النص يتضح جلياً بأن المشرع قد اعترف للكتابة والمحررات الالكترونية بحجية مساوية لحجية الكتابة الخطية والمحررات الورقية المنصوص عليها في قانون الإثبات. وذات النهج قد تم إتباعه من قبل القوانين العربية الأخرى.

المطلب الثالث/ الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

ان الخصوصية التي وضعت للعقود الالكترونية من حيث انها تبرم من دون تواجد مادي لأطرافه وهذا ما اثار التساؤل حول طبيعته القانونية ولسبب طبيعته التقنية واهمية معرفة التكييف الصحيح له توصلا لأعمال احكام القانون فهناك من يرى بأن تكييف العقد الالكتروني يتمثل في إضافة وصف قانوني على العقد يتفق مع الحقيقة التي قصدها المتعاقدين وذلك لمعرفة القانون الواجب التطبيق على مسالة قانونية معينة كما ان مسالة التكييف القانوني لها أهمية بالنسبة للعقود بصفة عامه والعقود الالكترونية بصفة خاصة كونها تبرم عن بعد بواسطة وسيلة الالكترونية فذلك يضعها في مجال الأمان القانوني لوجود الحل المناسب عن طريق الاحتكام الى القواعد التي تنظمها سواء الخاصة او العامة مما يستدعي ذلك وضعها في سياق نوع معين من العقود ومن ثم إمكانية تطبيق النصوص التشريعية عليها.

فالعقد الالكتروني قد يأخذ شكل البيع بالنسبة للسلع ومقاولة بالنسبة للخدمات وقد يأخذ شكل التامين او الايجار او غيرها من العقود المسماة كما قد يأخذ شكل عقد النشر او غيرها من العقود الغير مسماة وعلية فليس من المنطق اسباغ وصف العقد غير المسماة علية بشكل مجرد اذ يتعارض ذلك مع صحيح القانون.

ومن ناحية أخرى هناك من قان بتكييف العقد الالكتروني بالنظر الى الطريقة التي يبرم بيها فذهبوا الى القول بان العقد الإلكتروني يؤدي الى تباين دور إرادة كل طرف فيه وهو ما يأثر على طرق حماية المستهلك في مجال العقود الالكترونية بصفة عامة وذلك نتيجة لإبرامه بعده طرق مختلفة فضيق او اتساع مجال حماية المستهلك يتعلق بمدى فترة مناقشة المستهلك لشروط العقد من عدمه فان كان لا يملك الا قبول تلك الشروط فهنا نكوم امام عقد اذعان على ان العقود لكي توصف بانها عقود اذعان لابد من توفر ثلاث شروط وفقا للنظرية التقليدية وهيه ان يتعلق العقد بسلعة او مرافق يعد من الضروريات بالنسبة للمستهلك وثانيا احتكار البائع لتلك السلع والمرفق احتكارا قانونيا وثالثا ان يوجه الايجاب الى الناس كافة وبشروط معينة في حين لو كان بمقدور المستهلك مناقشة شروط العقد فهنا نكون امام عقد مساومة خاصة وان التعاقد الإلكتروني في أحيان كثيره تقدم ذات السلعة او الخدمة ويتاح فيها التفاوض الالكتروني . إن أنصار هذا الاتجاه يرون أن العقد الإلكتروني هو عقد مساومة؛ لأنه لا يتوافر على الخصائص التي تميز عقد الإذعان، فالموجب مثلا لا يتمتع بأي احتكار قانوني أو فعلي، نظر لأنه عالمية الشبكة وطبيعتها، والخدمات المعروضة بواسطتها يصعب القول بشأنها إنها تتعلق بعقود تكون المنافسة فيها محدودة النطاق[12]

المبحث الثاني/ تعدد طرق حل منازعات العقود الإلكترونية

كما ذكرنا ضمن سياق هذا البحث، فان التجارة الالكترونية، وبالتالي العقد الالكتروني، ذو طبيعة دولية لأن الشبكة المستخدمة في هذه التعاملات تحمل صفة الافتتاحية. إن الطبيعة الدولية للتجارة الالكترونية أوجدت مجالاً خصباً لتنازع القوانين الدولية في مدى تطبيقها على التجارة الالكترونية، وكذلك مدى حجية النظام القانوني المحلي في مسائل هذه التجارة. في هذا المبحث نتناول المشكلات المتعلقة بتنازع القوانين (أو تطبيق القانون الدولي الخاص) في العقود الالكترونية، ثم نستعرض الوسائل البديلة والمستحدثة، أو ذات الطبيعة الخاصة لتسوية نزاعات العقود الالكترونية، ودورها في تسهيل حسم النزاعات بشكل أسرع وأكثر كفاءة لأطراف النزاع.

المطلب الأول/ تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص

كما هو معلوم فان مبادئ القانون الدولي الخاص، أو تنازع القوانين، تعتبر جزءً أصيلاً من القوانين المحلية لأي بلد، ومهمتها تحديد المحكمة المختصة أو القانون الواجب تطبيقه على القضايا التي يكون هناك عنصر أجنبي ضمن مكوناتها من حيث الأطراف أو الوقائع ومكان حدوثها. ويجب أن نشير إلى أنه قد تباينت الآراء، في مجال العقود الالكترونية حول وضع الحلول المناسبة لمشكلة القانون الواجب التطبيق وجاءت أهم الآراء كما يلي:

يذهب البعض إلى أن قواعد القانون الدولي الخاص ومناهجه لا تتماشى ولا تتناسب مع طبيعة العمليات التجارية الالكترونية، لأن هذه العمليات تقع في منطقة خارج دائرة القانون، مما يجعل من المناسب البحث عن نظام ومناهج قانونية بديلة حتى لا يكون هناك فراغ قانوني، وذلك بوضع قانون موضوعي الكتروني دولي للمعاملات الالكترونية، بحيث يكون تنظيماً موضوعياً خاصاً ومستقلاً عن حلول القوانين الوطنية. وفي تصورهم يمكن أن يكون هذا القانون على شاكلة القانون الموضوعي للتجارة الدولية، ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للأنترنت، وطورتها المحاكم ومستخدمو الانترنت وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات. وفي رأيهم، أننا بهذا الوضع يمكن أن نأتي بقانون شامل ذو طابع دولي عام، يتلاءم مع حاجيات مجتمع قوامه السرعة في التعامل والرقمية في البيانات التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحاسب الآلي، ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملات.

هذا الرأي تم انتقاده على أساس صعوبة وضع قانون دولي موضوعي يحكم التعاملات الالكترونية ويكون متفقاً عليه بين جميع الدول التي ترغب في التعامل عبر الوسائط الالكترونية. إذ أن هذا الرأي يقوم على افتراض وجود مجتمع دولي متجانس قادر على خلق قواعد سلوك ملزمة لأعضائه من المتعاملين الكترونياً. وهذا الافتراض يخالف الواقع الماثل، فالمجتمع الدولي، وان افترضنا وجوده، فهو مجتمع غير متجانس وغير متماسك وغير قادر على وضع قواعد ملزمة لأن الكل يبحث عن مصالحه الذاتية في هذا الخضم الهائل. ومن جانبنا نرى، أن هذا الانتقاد يتضمن رأياً استباقياً فيه تسرع في الحكم بفشل الوسائل الخاصة لتنظيم التجارة الالكترونية. لأن هناك العديد من وسائل فض النزاعات الخاصة بالتجارة الالكترونية قد تبلورت أو في طريقها نحو التبلور، مثل التحكيم الالكتروني كما سنرى لاحقاً، وغيرها من المبادئ التي تنتج عن تطور واستقرار التعاملات الالكترونية في عدد من الدول.

والنقد الثاني الموجه لهذا الرأي، هو أن التجارة الالكترونية قد أصبحت أمراً واقعاً، فهي قائمة بالفعل في كثير من الدول، الأمر الذي يتطلب وضع حلول فورية لمشكلة القانون الواجب التطبيق ومدى إمكانية الاحتجاج بالنظام المحلي، وهو ما لا يتوفر في الرأي الموجه إليه النقد، الذي لا يضع حلاً فورياً لمسألة واقعة وقائمة، بل نظرة استشرافية قد تتم وقد لا تتم، فلا زالت في بداياتها الأولى.

ب/ جماعة أخرى ترى أن قواعد القانون الدولي الخاص بوضعها الحالي قادرة على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية طالما أن هذه العقود تتمتع بالصفة الدولية ووجود العنصر الأجنبي، مستندين إلى أن الدول الأوروبية قد أحالت في التوجيه الأوروبي بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات المجتمع المعلوماتي، وبصفة خاصة التجارة الالكترونية، رقم 2000/61 وتاريخ 8 يونيو 2000 في المادة رقم 1 /4 إلى قواعد القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق. وما كان ذلك إلا تأكيداً لكفاية قواعد القانون الدولي الخاص وأنها تمثل المرجعية السليمة لحل مشاكل الاختصاص في قضايا التعاقد الالكتروني.

إلا أن النقد الذي يمكن توجيهه لهذا الرأي هو أن قواعد القانون الدولي الخاص إنما وضعت للعقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي[13]، بينما التجارة الالكترونية، وان كان يغلب عليها الصفة الدولية، إلا أنها قد تكون عقداً محلياً وذلك إذا ما كان أطراف العقد في موطن واحد مما يترتب عليه عدم الحاجة إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، في هذه الحالة، لأن أطراف العقد محليين. كما أن قواعد القانون الدولي الخاص في بعض الاتفاقيات كاتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لسنة 1980، تحيل

في حالة عدم الاتفاق على القانون الواجب تطبيقه على العقد إلى قانون مكان إبرام العقد، وهذا يصعب تحديده في التجارة الالكترونية لان العقد فيها يتم في مجتمع افتراضي.

ونحن نرى أن وجود بعض العقود الالكترونية المحلية التي لا تستدعي تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص لا يجب أن يشكل سبباً لانتقاد هذا الرأي، لأن قواعد القانون الدولي الخاص وضعت في الأساس للتطبيق إذا كانت الحاجة إلى تطبيقها قائمة، فإذا انتفت هذه الحاجة فلا مجال لتطبيقها. ومادام هذا هو الوضع المتعارف في العقود التقليدية فان انسحابه على العقود الالكترونية لا يجب أن يشكل مصدراً للنقد.

وما يمكن أن نخلص إليه بعد استعراض الرأيين، هو ضرورة التأكيد على أهمية العمل بقواعد القانون الدولي الخاص [14]، واضعين في الاعتبار ما تتميز به العقود الالكترونية من خصائص لابد من مراعاتها عند تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص. والهدف الرئيسي لاعتبار خصوصية العقود الالكترونية في هذا الصدد هو توفير الحماية اللازمة، من وجهة تحديد القانون الواجب التطبيق، للمستهلك عندما يتعاقد مع الطرف المهني المحترف. عليه فان عقد التجارة الالكترونية لا يخلو إما أن يكون، بالنظر إلى أطرافه ووجود العنصر الأجنبي بدرجة تبرر تطبيق القانون الأجنبي، عقداً محلياً أو دولياً:

فإذا كان عقد التجارة الالكترونية محلياً: يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المحلي لطرفي العقد، وذلك من مبدأ سيادة الدولة على أراضيها. فيكون للدولة الحق في مباشرة كافة ما يلزم لبسط سيادتها كدولة، والقانون من أول مظاهر سيادة الدولة على إقليمها. لذلك فان كل اتفاق بين مواطني نفس الدولة يتجنب القانون المحلي يكون باطلاً لأن سريان القواعد النظامية المحلية على المنازعات الداخلية يعد قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لأنها من قواعد النظام العام، واللجوء إلى القانون الأجنبي في تلك الحالات الخاصة بالعقود الوطنية لا يعتد به ويعتبر ملغياً. لأن ميزة اختيار القانون الأجنبي منحت في العقود الدولية وهي كما أسلفنا تلك العقود التي لها ارتباط بعنصر أجنبي. وخلاصة هذا الرأي هي أنه لا تقوم الحاجة لتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص إذا كان عقد التجارة الالكترونية هو عقد محلي في جميع مكوناته، إذ أن تطبيق القانون المحلي عليه في هذه الحالة يكون من قبيل النظام العام.

أما إذا كان عقد التجارة الالكترونية دولياً: فهنا يتسع المجال لتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص نظراً لوجود أكثر من قانون يتنازع على التطبيق. لكن هناك اعتبارات تتعلق بحماية المستهلك نرى أن توضع في الاعتبار في هذه الحالة. عليه يجوز أن يكون العقد بين مهنيين، أو يكون أحد طرفيه مستهلكاً، وذلك على النحو التالي:

أولاً: إذا كان أطراف العقد من المهنيين: وهم الأشخاص الذين يتصرفون من أجل احتياجاتهم المهنية بغرض الحصول على الربح، ففي هذه الحالة:

*إما أن يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق وهنا يتم تنفيذ هذا الاتفاق والعمل به وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص التي تحتم ذلك. ويتم اختيار قانون العقد بطريقتين:

-التعيين الصريح: وذلك بأن يختار الأطراف قانون العقد صراحة، بإدراج شرط يحدد فيه القانون الواجب التطبيق، سواء كان الاتفاق عند إبرام العقد أو بعده عند نشوب النزاع.

-التعيين الضمني: وهو عبارة عن إرادة ضمنية تنبئ عن ميل واضح تجاه قانون أو نظام معين، وهذه النية الضمنية التي تحدد القانون الواجب التطبيق تستخلص من ظروف الحال، ومن أمثلة ذلك تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع فان هذا التحديد يدل ضمنياً على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون المحكمة المختصة، لأن اختيار محكمة بلد ما يعني ضمناً اختيار القانون الذي تطبقه هذه المحكمة عادة ويشمل ذلك قواعد القانون الدولي الخاص المطبقة في ذلك القانون. كما أن تضمين العقد أحكاماً وقواعد مستمدة من قانون دولة معينة لتنظيم جانب من جوانبه يدل على اتجاه نية الأطراف إلى القانون المستمدة منه أحكام العقد لتطبيقه على مسائل العقد. ومما يوحي باختيار الأطراف لقانون دولة ما أيضاً، صياغتهم للعقد وفق عقد نموذجي لتلك الدولة أو اختيارهم لعملة ذلك البلد كعملة الوفاء في العقد.

لكن من الحكمة والأسلم دائماً ألا يترك الأطراف مسألة القانون الواجب التطبيق حبيس إرادتهم الباطنة أو الضمنية، بل يجب عليهم التصريح بالقانون المختار بنص واضح ومحدد في العقد لأن ذلك يجنبهم العديد من الصعاب التي قد تنشأ مستقبلاً.

*أما إذا لم يوجد اتفاق بين طرفي العقد من المهنيين على القانون الواجب التطبيق، ففي هذه الحالة يلجأ إلى التعيين القضائي، وهو أن يجتهد القاضي للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد. ويتم التعيين القضائي باختيار البلد الذي يعتبر أكثر ارتباطاً بالعقد، أو الذي تترتب فيه كل أو أغلب آثاره[15].

ثانياً: أن يكون أحد أطراف العقد الالكتروني مستهلكاً: والمستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد مع طرف مهني من أجل الحصول على سلعة أو خدمة لاحتياجاته الشخصية، شريطة أن يكون هذا التعاقد غير مرتبط بنشاط مهني أو تجاري للمستهلك، وفي هذه الحالة:

*إما أن يتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، فالحكم يكون كما ورد في عقود المهنيين الدولية، حيث يلزم العمل بهذا الاتفاق، لأن عقود الاستهلاك تخضع للقاعدة العامة في اختصاص القانون الذي يختاره المتعاقدان. إلا أن هناك استثناء لتلك القاعدة العامة في عقود الاستهلاك، وذلك توفيراً لمزيد من الحماية للمستهلك. وهذا الاستثناء يقضي بأنه لا يجوز حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته العادية. ولقد تم إقرار هذا الاستثناء في العديد من الاتفاقيات وأنظمة القانون الدولي الخاص[16]. والمبرر لهذا الاستثناء هو أن مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد يعتبر مبدأ رئيسياً وهاماً، إلا أن هذه الحرية للمتعاقدين في تنظيم عقودهم لا يمكن تصورها إلا بين الأنداد الذين لهم نفس القوة والمقدرة. إذ أن عدم التكافؤ في الناحية الاقتصادية والاجتماعية يحتم وضع قيود على حرية الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية لتكون عوضاً لضعف الطرف الآخر للحد من عدم التكافؤ بينهما. ومن هذه القيود جواز الخروج عن اختيار الطرفين وتطبيق قانون الدولة التي بها محل الإقامة العادية للمستهلك، إذا كانت قواعدها الآمرة توفر مزيداً من الحماية له.

وفي مجال التطبيق العملي لهذا الاستثناء، فقد اختلفت ردود الفعل بين الدول المختلفة. بعض الدول بالغ في تفعيل الاستثناء بحيث جعله القاعدة وليس مجرد استثناء، مثل القانون السويسري الذي ينص على تطبيق قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك على جميع عقود الاستهلاك[17]. والبعض الآخر من الدول أخذ بالاستثناء، فهو يقر بحرية الطرفين في اختيار قانون العقد، إلا أنه يدعو إلى تطبيق قانون الدولةمحل الإقامة العادية للمستهلك إذا كان ذلك القانون يوفرحمايةأكثرللمستهلك من خلال قواعده الآمرة.

أما إذا لم يتفق الأطراف في عقد الاستهلاك الدولي على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، فانه مادامت الأنظمة والقوانين الدولية الخاصة تجيز الخروج عن اختيار المتعاقدين وتطبيق قانون محل الإقامة العادية للمستهلك، فانه من باب أولى في حالة عدم الاتفاق، أن يكون قانون الدولة محل إقامة المستهلك هو الواجب التطبيق لفرض مزيد من الحماية للمستهلك

المطلب الثاني/ القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

لا تعد العقود الإلكترونية عقود مختلفة بشكل أساسي عن العقود القائمة على ورق، وبرغم ذلك فإن التجارة الإلكترونية لا تستند تماما إلى وسائل التعاقد المستخدمة في تكوين العقود التقليدية، لذا وجهت الجهود الدولية نحو إزالة المعوقات القانونية أمام استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة، ومحاولة إضفاء أحكام ملائمة لقواعد التقليدية حتى تستجيب لاحتياجات التجارة الإلكترونية. حيث لا يخلو أي عقد من العقود من نشوء نزاعات، سواء في مرحمة إبرامه أو تنفيذه، مما يطرح مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق، ولا شك أن إبرام هذه العقود عبر شبكة الأنترنت التي تعد عالما غير مادي ينتج عنه تبادل لمعلومات الإلكترونية تحتوي على العنصر الأجنبي سواء تعلق الأمر بالأطراف أو مكان إبرام أو تنفيذ العقد. تثور مشكلة معرفة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر شبكة الأنترنت ـفالعقد المبرم بواسطة الانترنت لا يتركز في إقليم دولة معينة، فهو حتما بحكم طبيعته عقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس تعاقدي واحد من حيث المكان، مما استدعى البحث عن القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة في النظر في النزاع ومدى ملائمة النصوص القانونية مع ما أفرزته وسائل الاتصال الحديثة من إشكاليات. ولقد أشارت الاتفاقيات الدولية إلى ضرورة مواجهة جميع التحديات المتعلقة بإبرام العقد الالكتروني، ومدى إمكانية التأكد من أهلية الأطراف المتعاقدة، [18]فالقانون الواجب التطبيق هو ذلك القانون الذي يختاره الطرفان المتعاقدان عند قيامهم بإبرام العقد، فللمتعاقدين مطلق الحرية في اختيار البنود و الشروط موضوع العقد و من ضمن هذه البنود التي يمكن للمتعاقدين الاتفاق عليها القانون الذي يحكم

العلاقة التعاقدية بينهما بشرط ألا يتعارض ذلك مع النظام و الآداب العامة ، و لا تثار مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعقد الذي لا يشتمل على عنصر أجنبي بعكس ذلك الذي يكون فيه أحد طرفي العقد أجنبيا، حيث يثير هذا الأخير مسألة تنازع القوانين في حكمه و بيانه ، لذا فان أهمية هذا البحث تظهر في تحديد كيفية اختيار طرفا العقد القانون الواجب التطبيق عليه سواء صراحة أو ضمنيا من خلال ما يسمى بقانون الإرادة ، و في حال غيابه فان ذلك يتطلب اللجوء إلى ضوابط الإسناد الموضوعية ، حيث يستند القاضي اليها ليختار أيا منها كقانون يطبق على العقد في حالة غياب إرادة الأطراف

قد عمدت جل التشريعات و النظم القانونية إلى الأخذ بسلطان الإرادة كمبدأ يحكم منازعات عقود التجارة الدولية، و كرست القوانين الوطنية فكرة خضوع العقد أو الاتفاق لقانون الإرادة أي قانون الذي يختاره الأطراف و على الأطراف في هذه الحالة التقيد و الالتزام بما ورد .في العقد هذا ما أقره المشرع العراقي من خلاف نص المادة من القانون المدني حيث يتضح من خلال هذا النص أن المشرع أعطى لقانون الإرادة الأولوية في تطبيق مجال العقد و من هذا الاتجاه أيضا من خلال التقنين المصري من خلال المادة 19 الفقرة الأولى المتعلقة صراحة بحق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على أنه:"يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني و ما يترتب عليه من التزامات القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الصريحة أو الضمنية فإذا لم توجد سرى قانون الدولة التي تم فيها التصرف وفقا لما يقرره القانون المصري ."كما ساير المشرع العراقي وأعطى للأطراف الحرية الكاملة في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي غياب هذا الأخير تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة "وهو نفس الاتجاه الذي أخذ به المشرع المصري من خلال مضمون المادة 39 المنصوص عليها في قانون التحكيم المصري لسنة 1994 ، أما ما تعلق منها بالمواثيق والاتفاقيات الدولية نجد ما نصت عليه المادة 21 من لائحة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية على مبدأ سلطان الإرادة كما يلي:"للأطراف حرية اختيار القانون الذي يتعين على المحكمة تطبيقه على موضوع النزاع"، كذلك ما جاءت به قانون الاونسترال من خلال المادة 28 الفقرة الأولى .أما في إطار الاتفاقيات الدولية نجد ما أخذت به" اتفاقية واشنطن 1965" إذ نصت المادة 42 من خلال الفقرة الأولى على أنه:" تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع ، كذلك ما أقرته المادة 15/1 من اتفاقية نيويورك لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، فقد قضت في هذا الشأن بتطبيق قانون الإرادة التي تخضع له سائر العقود الدولية، فإذا تخلفت الإرادة طبق قانون محل صدور حكم التحكيم، و يتضح من هذه الأحكام أن للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق وحتى و لو لم يكن هناك صلة بين القانون ، و ما تعلق منها كذلك بـ " اتفاقية لاهاي" المبرمة في 15 1 المختار وبين العلاقة محل النزاع يونيو 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية ":عقد البيع يخضع لأحكام القانون فذكرت من خلال المادة 12/1 من الاتفاقية على أنه الداخلي للدولة التي يحددها الأطراف المتعاقدة"، كذلك ما أقرته الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف يوم 12 أفريل 1961 و دخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1964 من خلال المادة 7 منه على أنه:" الأطراف أحرار في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزع. إذا لم تتوافر الإرادة الصريحة في اختيار القانون واجب التطبيق وعدم المقدرة على كشف نية طرفي العقد الضمنية فلا يكون أمام القاضي إلا اللجوء إلى القواعد القانونية الوطنية لدولة المحكمة المعروض أمامها النزاع و تطبيقها هنا يجب على القاضي الاجتهاد للوصول إلى قانون العقد، و عليه أن يقوم بربط العقد بالقانون الذي يتعلق به تعلقا وثيقا، و هذا ما يطلق عليه (توطين العقد) من خلال البحث في القوانين الوطنية عن القانون الأنسب للنزاع المعروض، ثم بيان القواعد القانونية التي من الممكن أن تنطبق على هذا العقد بشكل عام والنزاع الناشئ بشكل خاص، حيث يتم توطين العقد في الأغلب بالدولة التي ينتج فيها العقد أغرب أركانه و آثاره أما بالنسبة للعقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت، نجد أن موطن إبرام العقد من الصعب تحديده، لأن الشبكة ليست تابعة لدولة محددة، إلا أن بعض التشريعات الخاصة بالتجارة الالكترونية عالجت نقطة إبرام العقد و اعتبرت موطن تسلم القبول هو موطن إبرام 3 .العقد وعليه فان القاضي ملزم بالبحث و التحري بعد تركيز العقد في القواعد القانونية التي تتناسب و العقد بشكل تام فقد تكون قواعد تناسب جزئية و

تتعارض مع أخرى، فالقاضي ملزم عند البحث عن قانون العقد أن يجد ما يناسب النزاع تناسبا تاما و أن يكون هنالك ارتباط ما بين القانون واجب التطبيق على العقد.[19]

المطلب الثالث/ وسائل حل النزاع في العقد الالكتروني

السبل البديلة لتسوية المنازعات تعتمد على أساليب رئيسية هي التسوية والوساطة والتحكيم

التسوية: مما لا شك فيه أن أسباب استخدام الوسائل البديلة لتسوية المنازعات متفق عليها، وغالبا ما يهتم الأطراف بالسلطة التقديرية وبالكفاءة والسرعة دون المرور بالعملية ً القضائية، والتسوية قد تبنى على أساس الإرادة التعاقدية للأطراف لحل النزاع غير أنه قد يكون أحد طرفي عقد التجارة الإلكترونية مستهلك ويكون ذلك ضارا بمصالحه بقدر ما يعتبر الالتزام بتقديم تنازلات متبادلة أساسيا لصحة عقد التسوية .

التسوية كعقد بشأن النزاع هي تقنية حقيقية لإدارة التقاضي، ويعرفه القانون المدني الفرنسي انه عقد ينهي الطرفان بموجبة نزاع ويجب ان يصاغ هذا العقد كتابة [20] ويتبين أن الوظيفة الوقائية للتسوية في كثير من الأحيان والتي تهدف إلى تجنب اجراء قانوني معقد ومكلف غير مناسبة لعقود المستهلكين الإلكترونيين

الوساطة الالكترونية: تعتبر الوساطة الإلكترونية أحد أهم الوسائل البديلة لحسم المنازعات التي تنشأ في الفضاء الإلكتروني، حيث أنها تتلاءم مع طبيعة التجارة الإلكترونية، وتساهم بصورة أكثر فاعلية في التخفيف من الزيادة المطردة في منازعاتها على ً النحو الذي يحقق النجاح المطلوب لحسمها. وللحديث عن مفهوم الوساطة الإلكترونية يقتضي أوال النظر إليها من خال مصطلحها، الإلكتروني، فمفهوم الوساطة الإلكترونية بأنها:» عملية تتم بشكل مباشر على شبكة الإنترنت ٍ وتهدف إلى تسهيل التعاون والتفاوض بين الأطراف المتنازعة للتوصل إلى حل ٍ عادل يقبله أطراف النزاع ورغم اختلاف الفقه في تعريف الوساطة الإلكترونية إلا أن معظمها نابعة من تدخل واستعمال الوسائل الإلكترونية، حيث عرفها جانب من الفقه بأنها اتصال طرف ثالث محايد مع طرفي النزاع على شبكة الإنترنت للوصول إلى تسوية نهائية لهذا النزاع وتُعرف بأنها:» عملية تتم بشكل فوري ومباشر على ٍ شبكة الإنترنت، وتهدف إلى تسهيل التعاون والتفاوض بين أطراف النزاع، للوصول إلى حل ٍ عادل يقبله أطراف النزاع . فهي أسلوب من أساليب الوسائل البديلة تقوم على توفير ملتقى إلكتروني للأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد، لمحاولة التوصل إلى تسوية ودية يقبلها أطراف النزاع، وهو ما يعني أن الوسيط يتدخل من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأطراف، مما يتبين منه أن الوساطة مرحلة متقدمة من التفاوض ً الإلكتروني، يعمل الوسيط على إيجاد النقاط الأكثر تقديرا ويقارنها مع النقاط الأكثر أهمية ويحاول مقارنتها بغرض ٍ الوصول إلى حل يرضي المتنازعين [21]

التحكيم: إذا أدت الوساطة أو التسوية الودية إلى حكم أو قرار خاضع للتنفيذ، فإن التحكيم أقرب بكثير إلى طرق تسوية المنازعات القضائية والولائية والمؤسسية منه إلى طرق التسوية الودية، و التحكيم كمهمة يعهد من خالها الطرفان إلى محكمين يعينونهم بحرية من قبلهم بمهمة تسوية نزاعاتهم ، ولذلك يعتبر المحكمون قضاة لانهم يجب أن ينظروا النزاع الذي أمامهم، و يطبق قرارهم على النزاع وهو ملزم للأطراف التي قدمت نزاعها إلى هيئة التحكيم، ومن جهة أخرى يستخدم التحكيم الصك التعاقدي، وهو طوعي ويشارك في تطوير الصكوك التقليدية لتسوية المنازعات، كما يمكن إضفاء الطابع المؤسسي على التحكيم، أي أن يكون لـه ُ مؤسسة دائمة يمارس فيها، مثل غرفة التجارة الدولية CII و هي واحدة من المؤسسات الرئيسية النشطة جدا في مجال التحكيم، كما تضم محكمة تحكيم وهي ً هيئة دائمة تدير النزاعات بموجب قواعد التوفيق والتحكيم التي و ضعتها غرفة التجارة الدولية. بالإضافة إلى ذلك هناك ما يسمى بالتحكيم الخاص والعرضي المخصص، وفي هذا النوع من التحكيم يحدد أطراف العقد جميع طرائق التحكيم مثل عدد وهوية المحكمين، والإجراءات، والقواعد المعمول بها، وسلطات المحكم، والإجراءات المعجلة، والمواعيد النهائية، واللغة المستخدمة، وما إلى ذلك[22].

الخاتمة

تناول هذا البحث مختلف المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق بصفة عامة، مع التركيز على العقود الالكترونية بوصفها الصيغة أو الآلية التي من خلالها يتم تفعيل التجارة الالكترونية كممارسة حديثة. من ضمن الأمور الهامة التي تستوجب الاهتمام من المشرع العربي هي مدى حجية واعتمادية المعاملات التي تتم الكترونياً، مما يثير دور قانون الإثبات وضرورة مواكبته للتجارة الالكترونية. حيث تثور عدة تساؤلات هنا حول مدى القيمة الاثباتية للمحررات والمراسلات الالكترونية كوسيلة يمكن أن تعادل الكتابة التقليدية، وكذلك موقف القوانين الالكترونية من العقود الشكلية وهي التي يتطلب القانون لصحتها أن يتم إبرامها على صيغة أو شكل محدد. وهذا يقود إلى ضرورة وضع ضوابط للتوثيق الالكتروني والجهات التي تمنح التراخيص لمزاولة تلك الأنشطة واللوائح المنظمة لها. مثل هذه الأمور وغيرها والتي تدخل ضمن قانون الإثبات، تتطلب المراجعة المتأنية لقانون الإثبات لا سيما في المسائل المدنية والتجارية، وإدخال ما يلزم من تعديلات وإضافات لازمة لمواكبة التجارة والعقود الالكترونية. وإذا دعا الأمر يتم إفراد قانون منفصل للإثبات في المعاملات الالكترونية، وهذا من شأنه أن يضفي الحجية الكاملة على هذه المعاملات وعلى الأدوات والوسائل الالكترونية المستخدمة في انجازها. مما يشجع على استخدام هذه الوسائل المستحدثة بثقة تامة ودون خوف من أية تعقيدات أو مشكلات قانونية.

توصلنا في نهاية هذا البحث الى بعض النتائج، ونسعى الى ابداء بعض المقترحات، وعلى النحو الاتي:

أولا: النتائج:

1. التحكيم عبارة عن اتفاق على تحويل ما ينشأ بين أطراف عقد من منازعات على محكمين ليفصلوا فيه بعيدا المحاكم.
2. التحكيم هو من اهم الوسائل في حل المنازعات الناشئة عن أي عقد، ومن الممكن ان يكون التحكيم باتفاق مسبق بين أطراف العقد ضمن شرط يدرج في العقد يسمى شرط التحكيم، وقد يكون باتفاق لاحق بعد قيام حالة النزاع، ويسمى في هذه الحالة مشارطة التحكيم.
3. للأطراف الحرية الكاملة في تحديد أي مكان للتحكيم، هو ما يلائم فكرة عدم وجود مقر لهيئة التحكيم الإلكترونية

ثانيا: الاقتراحات

من خلال المعالجة التشريعية والقضائية لموضوع البحث نلفت انتباه المشرع العراقي لأهمية اهذ الموضوع ومعالجته، محتذياً بالتشريعات الغربية والعربية التي سبقته في هذا المجال ومن أجل هذا نقترح على المشرع العراقي، تفعيل قانون المعاملات الإلكترونية العراقي بحيث يساهم في تسوية المنازعات إلكترونياً ، وعن طريق المفاوضات الإلكترونية وغيرها من الوسائل الاخرى، وأضافه فقرة تسمح بأن يتم تسوية النزاع إلكترونياً عن طريق المفاوضات الإلكترونية، بما يلائم مع التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية ، ولتطوير الاقتصاد العراقي والانفتاح على الاسواق العالمية ، مما يوفر مناخ إلكتروني قادر على استيعاب المنازعات الإلكترونية الحاصلة في ابرام العقد الإلكتروني.

الهوامش.

[1]) بشير طلال، مشكلات التعاقد عبر الانترنيت، عالم الكتب الحديثة ' الأردن، طبعة 2004, ص 24
[2])عباس العمودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 35.
[3]) المادة الثانية فقرة (أ) و (ب) من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية 1996
[4]) محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراة، الطبعة الأولى 2009، ص 36-37.
[5]) نزيه محمد الصادق، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، مع التطبيقات المعاصرة لمشاكل المسئولية المدنية، 2009، ص 78.
[6]) وفي ذلك تنص المادة 97 من القانون المدني المصري على أنه: "1- يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. 2- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل فيهما هذا القبول.
[7]) عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت،2008، ص 50.
[8]) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت،2006.
[9]) نزيه محمد الصادق الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات وتطبيقه على بعض أنواع العقود، 1990، دار النهضة العربية، ص85 وما بعدها.
[10]) عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق 2008، ص 51،52.
[11]) ويأتي على رأسها المادة السادسة من قانون لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (UNCITRAL) والتي تنص على انه: " عندما يتطلب القانون بان تكون المعلومات مكتوبة فان ذلك يتحقق –في مجال العقد الالكتروني-
[12]) منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عرب وسائل الاتصال الإلكترونية، ص827 - 8.
[13]) سواء اتصل هذا العنصر بالأعمال المتعلقة بإبرام العقد أو تنفيذه، أو بموطن المتعاقدين أو جنسيتهم.
[14]) كاتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية لعام 1980، واتفاقية لاهاي 1964، والتي تحكم البيع الدولي للمنقولات المادية، وكذلك اتفاقية لاهاي 1955 حول القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة، واتفاقية لاهاي 1978 حول القانون الواجب التطبيق على الوساطة التجارية.
[15]) جاء في اتفاقية روما لسنة 1980"في الحدود التي لم يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وقوفاً".
[16]) كمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص والذي أقر الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين عام 1978، واتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق المادة 5 /2 ، والقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1978، والقانون الدولي الخاص النمساوي الصادر عام 1978 أيضاً.
[17]) القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام 1978 المادة 1/13.
[18]) بيان اسحق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية" دراسة مقارنة"،2007، جامعة بيرزيت فلسطين، كلية الحقوق والإدارة العامة برنامج الماجستير في القانون، ص 5.
[19]) غول سليمة، باحثة دكتوراه، على ميهوبي، باحث دكتوراه، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية جامعة المنار، تونس، مجلة الباحث القانوني، المجلد01، العدد 01، السنة 2020، ص 5.
[20]) المادة 2044 من القانون المدني الفرنسي، يتم تنظيم التسوية بموجب المواد من 2044 إلى 2058من القانون المدني.
[21]) معتز حمدان بدر الوساطة ودورها في تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى، الإسكندرية مصر 2018
[22]) انظر بعض الأحكام في الموقع الإلكتروني لغرفة التجارة الدولية/org.iccwbo://https :

قائمة المصادر

1. بشير طلال، مشكلات التعاقد عبر الانترنيت، عالم الكتب الحديثة ' الأردن، طبعة 2004, ص 24
2. عباس العمودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 35.
3. محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراة، الطبعة الأولى 2009، ص 36-37.
4. نزيه محمد الصادق، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، مع التطبيقات المعاصرة لمشاكل المسئولية المدنية، 2009، ص 78.
5. عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت،2008، ص 50.
6. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت،2006.
7. نزيه محمد الصادق الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات وتطبيقه على بعض أنواع العقود، 1990، دار النهضة العربية، ص85 وما بعدها.
8. عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق 2008، ص 51،52.
9. ابو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص14.
10. ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص86.
11. ساعدي جليل حسن. 2020. "حماية رضا المستهلك في التعاقد عبر الانترنت دراسة في القانونين العراقي والفرنسي ."مجلة العلوم القانونية https://doi.org/10.35246/jols.v29i2.263. 29 (2):17-87
12. الموسوي علي فوزي. 2017. "قواعد تسوية منازعات الملكية الصناعية بواسطة التحكيم التجاري الدولي ."مجلة العلوم القانونية https://doi.org/10.35246/jols.v1is.139. 32 (3):206-27
13. أنوار محمد هادي. (2020). التزام المحكم بالحياد والاستقلالية ونتائج مخالفته (دراسة مقارنة). مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة, 1(2) , 51–96. https://doi.org/10.61266/mjcls.v1i2.33
14. علاء محي الدين مصطفى: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨ ص ٢٥.
15. نبيل زيد مقابلة: ((التحكيم الالكتروني)) . بحث منشور بموقع: ... www. f.law.net/Law
16. عصام عبد الفتاح مطر: التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والتشريعات الأجنبية. دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٠، ص ٣٠٠.
17. انظر لمزيد التفصيل عن مزايا التحكيم الالكتروني: د. هيثم عبد الرحمن البقلي: ((التحكيم الالكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات)) . بحث منشور بموقع: ... www. kenanaonline .com
18. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية. الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٢٠
19. غول سليمة، باحثة دكتوراه، على ميهوبي، باحث دكتوراه، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية جامعة المنار، تونس، مجلة الباحث القانوني، المجلد01، العدد 01، السنة 2020، ص
20. بيان اسحق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية" دراسة مقارنة"،2007، جامعة بيرزيت فلسطين، كلية الحقوق والإدارة العامة برنامج الماجستير في القانون،
21. منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عرب وسائل الاتصال الإلكترونية
22. غول سليمة، باحثة دكتوراه، على ميهوبي، باحث دكتوراه، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية جامعة المنار، تونس، مجلة الباحث القانوني،
23. معتز حمدان بدر الوساطة ودورها في تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى، الإسكندرية مصر